



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**Da Responsabilidade Civil: a vida como dano? A  
Tutela da vida indevida (wrongful life) no  
ordenamento jurídico português**

Andreia Filipa Silva Santos

Mestrado em Direito

**Faculdade de Direito | Escola do Porto**

**2020**





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Da Responsabilidade Civil: a vida como dano? A  
tutela da vida indevida (wrongful life) no  
Ordenamento Jurídico Português**

Andreia Filipa Silva Santos

Orientação: Prof. Doutora Ana Isabel da Costa Afonso

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

Ao meu pai que me apoiou em todos os momentos permitindo o sucesso da minha vida  
acadêmica.

## **RESUMO/ABSTRACT**

A vida pode ser considerada um dano?

Será lícito a alguém ser indenizado pelo facto de ter nascido? As *wrongful life actions* ou ações de vida indevida são um desafio ao Direito Contemporâneo e em particular ao instituto da Responsabilidade Civil. Veremos neste estudo que estas ações tão controversas, ética e juridicamente, são procedentes, através da aplicação da Responsabilidade Contratual e Extracontratual.

Can life be considered a damage? Is it lawful for someone to be compensated for being born? *wrongful life* or actions of undue life are a challenge to Contemporary Law and in particular to the Institute of Civil Responsibility. We will see in this study that these actions that are so controversial ethically and legally are valid, through the application of Contractual and Non-Contractual Liability.

### **Palavras chave:**

Dano : Damage;

Vida indevida : Wrongful Life;

Direito a não nascer: Right not to be born;

Nascer saudável: Born Healthy;

Responsabilidade Civil : Civil Responsibility;

Erro médico : Medical Error.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

CC: Código Civil;

NR: número;

PROC: processo;

VS: versus;

Pág: página;

SGS: seguintes;

STJ: Supremo Tribunal de Justiça;

TRL: Tribunal da Relação de Lisboa;

TRP: Tribunal da Relação do Porto;

CRP: Constituição da República Portuguesa;

IVG: Interrupção Voluntária da Gravidez

DPN: Diagnóstico Pré-natal

## Índice

Introdução .....	9
Enquadramento geral e delimitação do objeto de estudo .....	11
A tutela da “vida indevida” no ordenamento jurídico português .....	14
Da Responsabilidade Civil e seus pressupostos .....	14
As principais objeções à aplicação da Responsabilidade Civil às <i>wrongful life actions</i> (síntese) .....	14
O Facto Voluntário do Agente: o ato médico .....	17
A Ilícitude .....	18
Ilícitude Contratual .....	18
Ponto de partida: o cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médicos .....	18
A Proteção conferida à criança enquanto terceiro estranho ao negócio: teoria <i>do</i> <i>Contrato com eficácia de proteção para terceiro</i> .....	20
A questão da condição jurídica do nascituro – breve reflexão .....	27
Ilícitude Extracontratual .....	29
A Violação de um Direito Subjetivo – o Direito a não nascer e a ofensa à santidade da vida e à dignidade da pessoa humana: mudança de paradigma .....	29
O Direito a nascer saudável e o direito à vida com qualidade de saúde .....	29

A Culpa.....	35
Culpa Contratual.....	35
A natureza da obrigação médica (obrigação de meios ou obrigação de resultado?) e a aplicação da presunção legal de culpa do artigo 799 do CC.....	35
Culpa Extracontratual .....	40
O Dano.....	43
Dano Contratual.....	43
Os danos atendíveis e a sua quantificação .....	43
Dano Extracontratual.....	45
A natureza dos danos - o problema da “não identidade” e do <i>quantum</i> indemnizatório .....	45
O nexo de causalidade .....	51
O comportamento do médico como causa adequada ao nascimento deficiente – a causalidade indireta.....	51
Concurso de Responsabilidades – Algumas Considerações .....	54
Concurso de Responsabilidade médica Contratual e Responsabilidade médica Extracontratual.....	54
Conclusão .....	57
BIBLIOGRAFIA .....	60



## Introdução

A presente dissertação incide sobre uma temática bastante controversa e cada vez mais abordada no seio da doutrina e da jurisprudência: as *wrongful life actions*.

Estas ações são comumente designadas por ações de “vida indevida” ou “nascimento indevido”, porque no seu cerne está a procura por uma indemnização para uma criança que nasceu deficiente por erro médico – não porque o profissional de saúde provocou diretamente a lesão/ deficiência, mas porque violou os seus deveres profissionais enraizados, desde logo nas *legis artis*.<sup>1</sup> Esta violação dirá respeito, na larga maioria das vezes, a erro de diagnóstico, interpretação errada dos resultados obtidos em exames e a não informação temporânea aos pais das patologias sofridas pela criança.

As obrigações do médico para com o paciente refletem-se em variados aspetos, mas será certamente no âmbito do não cumprimento dos deveres profissionais, ou do seu cumprimento defeituoso que surgem as *wrong actions*.

No caso particular da *wrongful life actions*, que é a única modalidade do grupo das *wrong actions*, que nos propomos estudar, a criança nasce com graves deficiências que podem ser físicas, cognitivas ou ambas, e como tal fica condenada a uma vida de sofrimento e sem qualidade.

São estas consequências que a levam a intentar contra a equipa médica ação declarativa de condenação com o objetivo de se ver ressarcida pelo facto de ter nascido, considerando a sua vida “indevida”. Para tal, pretende lançar mão do instituto da Responsabilidade Civil o que, como se verá neste estudo, levanta algumas dúvidas quanto ao preenchimento dos respetivos pressupostos.

Esta conceção de “vida indevida”, abre portas a largas e profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, sendo que sob o ponto de vista jurisprudencial,

---

<sup>1</sup> Pode ler-se a este respeito no artigo 4º da convenção de ovideo , 1997 “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normais e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”.

verificam-se com mais densidade no seio internacional. Em Portugal, são poucas as decisões sobre o tema e as que existem são claramente no sentido da improcedência.

Assim, e antes de avançarmos para um estudo mais aprofundado, deixamos aqui a questão a que nos propomos responder:

“Se alguém, podendo não ter nascido, nasce na situação de uma insuportável deficiência, que não lhe permite o direito à vida com qualidade, deve ou não deve essa pessoa ser indemnizada pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que essa não qualidade de vida transporta?”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> PIRES DA ROSA, “Não existência- um direito!” In *Julgar*, Nr. 21, Coimbra Editora, 2013, pág. 48-50.

## Enquadramento geral e delimitação do objeto de estudo

O principal objetivo da nossa dissertação é indagar se deve ou não haver procedência nas *wrongful life actions* no que diga respeito à aplicação do Instituto da Responsabilidade Civil.

Como se disse, trata-se de um tema que gera grande discussão entre quem se propõe estudá-lo, precisamente porque é rico do ponto de vista das questões éticas, mas sobretudo jurídicas, constituindo um verdadeiro desafio ao Direito Contemporâneo.

Convém desde já, e para que não haja confusão de terminologias ou de conceitos distinguir as *wrongful life actions* das restantes *wrong actions*, em especial da *wrongful birth action*.

De um modo geral, as *wrong actions* surgem num contexto de acompanhamento clínico de uma mulher grávida em cuidados pré-natais.

Num primeiro momento, temos as *wrongful pregnancy actions* em que o dano se traduz numa frustração do planeamento familiar, levando ao nascimento de uma criança que não deveria, à partida, nascer, dado que os seus pais teriam agido em conformidade para tal. Como exemplo desta situação, temos a IVG que não se concretizou por negligência médica ou contraceptivos mal recomendados, que no final radicam numa frustração de um direito de não reprodução dos pais. Nestes casos, os pais pedem uma indemnização com fundamento de que o profissional de saúde, neste caso, havia se comprometido a evitar uma conceção.

Já as *wrongful birth actions* são ações em que há um acompanhamento médico da mulher grávida e respetiva prática de exames pré-natais, mas a criança desenvolve uma deficiência sem que o médico ou médicos responsáveis a detetem. Daqui surgem informações erradas prestadas aos pais, pois sempre lhes será dito que a criança será saudável, vindo estes a ser surpreendidos com a realidade oposta após o nascimento. Quando confrontados com a patologia decidem então, em nome próprio, reagir ao abrigo da Responsabilidade Civil (normalmente contratual) contra o médico.

A questão central do nosso estudo são as *wrongful life actions* que em tudo se assemelham quanto à factualidade às *wrongful birth actions* com a particularidade de ser a criança (ou já adulto) deficiente a intentar ação contra a equipa médica.

Fazemos a ressalva de que tanto num tipo de ação como noutro, estarão sempre em causa patologias congénitas, ou seja, não são deficiências provocadas ou agravadas pela atuação dos profissionais de saúde. Mesmo que os médicos tivessem atuado diligente e prudentemente, aquelas deficiências iriam sempre permanecer.

No entanto, há efetivamente uma falha médica, porquanto não foi descoberta a patologia e com isso os progenitores viram preterido o direito de informada e esclarecidamente decidirem quanto à prossecução ou não da gestação até ao seu termo, dentro dos limites legais – artigo 142 do Código Penal.

Portanto, apesar do ilícito ser o mesmo, o que distingue estas duas ações são os seus autores: nas primeiras serão os pais a intentarem ação declarativa de condenação contra o profissional, nas segundas é o próprio filho deficiente.

No plano dos direitos e dos danos que da situação emergem as diferenças também serão visíveis.

Nas *wrongful birth actions* o que os pais invocam é a violação de deveres contratuais que se traduzem em violação de normas e de procedimentos da boa prática médica. No plano dos danos a ressarcir, alegam danos patrimoniais (como as despesas acrescidas que terão de suportar pelo facto de terem que cuidar de uma criança com necessidades especiais) mas sobretudo não patrimoniais (como o desgosto, frustração, angustia perpétua e em casos extremos, depressão, por terem um filho deficiente).

Nas *wrongful life actions* o filho arroga-se no (suposto) direito de que não deveria ter nascido.

Entende que com a violação dos deveres médicos, não puderam os seus pais impedir o seu nascimento, que na sua perspetiva deveria ter sido evitado, para que este

não estivesse, agora, preso a uma vida limitada, oprimida, em sofrimento profundo e totalmente dependente dos demais.

Obviamente levantam-se questões pertinentes que se afiguram como verdadeiros entraves à aplicação do instituto da Responsabilidade Civil.

Desde logo, porque se discute que este direito possa efetivamente ser reconhecido, dado que implicaria que fosse legítima a disponibilidade do bem vida, radizando numa última instância a uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

Todavia, como se verá adiante, o “dano da vida”, ou “direito a não nascer” são conceitos elaborados ao longo dos tempos pela doutrina e jurisprudência, mas que incidem sobre premissas erradas e carecem de uma nova interpretação. Na verdade veremos que não se trata do direito a “não nascer” mas sim de um direito a “nascer saudável e à qualidade de vida e saúde”.

Coloca-se também a questão do nexo causal entre o facto e dano, uma vez que não sendo o médico o culpado pela origem da deficiência, crê-se que não deve responder perante a criança, pelo facto da sua conduta ilícita não ser causa adequada à produção do dano.

O próprio dano, aliás, também levanta sérias dificuldades, sobretudo na delimitação do que é verdadeiramente o dano (a deficiência? A vida? O nascimento?) nestas ações e, se estes deverão realmente ser juridicamente atendidos e, em caso afirmativo como se processa a quantificação dos mesmos.

Vemos assim, que são vários os desafios que estas ações colocam à Responsabilidade Civil e é este o nosso objeto de estudo.

Iremos analisar se pode ou não operar nas *wrongful life actions* o Instituto da Responsabilidade civil, analisando cada um dos pressupostos e demonstrando de forma objetiva, analítica e crítica, como podem ser preenchidos, procurando dar resposta às principais objeções que são feitas nesta matéria.

## A tutela da “vida indevida” no ordenamento jurídico português

### Da Responsabilidade Civil e seus pressupostos

#### As principais objeções à aplicação da Responsabilidade Civil às *wrongful life actions* (síntese)

Procuraremos então, feitas as considerações introdutórias, averiguar se é possível o preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade Civil no caso concreto, pela via Contratual mas também Extracontratual.

Antes, porém, de avançarmos para uma análise rigorosa dos mencionados pressupostos, gostaríamos de chamar a atenção para uma célebre decisão jurisprudencial Portuguesa que contém várias objeções às *wrongful life actions* e, são precisamente às objeções realçadas nesta decisão jurisprudencial, que procuraremos dar resposta.

Esta foi a primeira decisão a surgir em Portugal. Seguiram-se outras, a que também faremos menção, mas todas julgaram improcedentes os respetivos pedidos e os seus argumentos, foram bastante semelhantes.

Falamos do acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001, de que foi Relator António Pinto Monteiro.<sup>3</sup>

Neste acórdão, que ficou conhecido como caso André Martins, a criança nasceu com graves malformações. Ficou provado que foram realizadas várias ecografias sem que a malformação tivesse sido detetada. Além disso, a mãe de André sofria de uma malformação uterina e o médico teria conhecimento de tal facto, sendo inclusive considerada uma gravidez de risco.

---

<sup>3</sup> Acórdão do STJ 19-06-2001, PROC. NR. 01 A 1008 em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ver também anotação ao acórdão por António Pinto Monteiro em Revista de Legislação e Jurisprudência” ano 134, NR. 3933, págs. 371 e sgs.

Apesar do conhecimento da situação clínica da gestante, negligentemente, o médico não requereu exames mais específicos para apurar até que ponto essa enfermidade da mãe poderia afetar o feto.

Em todas as ecografias realizadas durante a gestação em momento nenhum foram detetadas as anomalias com que André nasceu. Os pais de André, em representação deste, decidiram demandar a clínica onde foram acompanhados e pediram uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

O STJ concluiu pela improcedência do pedido, concretamente com os seguintes fundamentos: <sup>4</sup>

1. O que estaria verdadeiramente em causa seria um direito à não existência algo que não é tutelado pela ordem jurídica , dado que por se tratar de um bem indisponível, a vida jamais poderá ser vista como um dano sob pena de violação dos artigos 24º e 25º da CRP;
2. Não há na atuação médica para com a criança ilicitude, e nexo causal, existindo apenas em relação aos pais.
3. Verifica-se no caso concreto um contrato de prestações de serviços médicos que não foi validamente cumprido, porém a ilicitude patente existe apenas em relação aos pais e não em relação à criança – e por isso só eles em nome próprio poderiam reagir.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Ver também acórdão de que foi Relatora Ana Paula Boularot em Revista do acórdão da TRP de que foi Relator Filipe Carço de 1-03-2012 ( abordada mais a frente) A fundamentação da improcedência da ação vertida neste acórdão é bastante idêntica à invocada no caso André Martins.

Bastante idêntico aos argumentos vertidos no caso André Martins , a TRP sentenciou que não poderia ser consagrado um direito a não nascer, por não ter previsão legal e por ausência de dano reparável; que eventuais direitos do nascituro baseavam-se em direito dos pais e não próprio. Na Revista, o STJ manteve a fundamentação de que não existia uma verdadeira ilicitude nem nexo causal perante o feto, dada a condição jurídica do nascituro, não detentor de personalidade jurídica. Concluiu também que existiu incumprimento contratual mas que tal só poderia ser invocado pelos pais.

<sup>5</sup>Existiu também um caso decidido nos Estados Unidos da América, que ficou conhecido como caso *gleitman vs cosgrove* de 1967, que se assemelha a esta decisão portuguesa. Estava em causa uma criança nasceu com graves deficiências devido a uma doença da mãe, sem que os médicos tivessem posto a hipótese

4. Não existindo um direito próprio do filho e este arrogando- se em direitos apenas pertencente à esfera jurídica dos pais (o impedimento de estes terem podido decidir se queriam ou não avançar com a gestação), existirá desconformidade entre pedido e causa de pedir.

---

dessa doença afetar o desenvolvimento do feto. Os pais da criança intentaram ação declarativa de condenação em nome próprio e em nome do filho. Esta última foi rejeitada com os argumentos de que : haveria um atentado à preciosidade da vida humana; não havia nexo causal entre conduta do médico e dano na criança e por último que seria impossível quantificar o dano.



## O Facto Voluntário do Agente: o ato médico

Resulta do artigo 483º que para que haja dever de indemnizar deve existir um facto voluntário do agente.

Facto este, que corresponderá a um ato voluntário, imputável ao lesante e que seja controlável por ele.

Este facto dirá respeito, no âmbito da Responsabilidade Contratual, a uma ação ou uma omissão de algum ou alguns deveres primários de prestação mas também aos deveres acessórios ou laterais. No seio da Responsabilidade Extracontratual terá que colocar em causa algum direito subjetivo ou normas tuteladoras de interesses legais.

No caso *sub judice* o facto do agente dirá respeito a alguma ação ou omissão médica que colida com *a legis artis*. Esta falha pode ser cometida por: “imperícia ou impreparação” - fazer mal o que devia ser feito de acordo com as *leges artis*; “imprudência” - fazer o que não consta das *leges artis*; “negligência” - deixar de fazer o que as *leges artis* impunham que fosse feito”.<sup>6</sup>

Um exemplo de facto voluntário do agente será a não realização de meios de diagnósticos adequados ou interpretação incorreta dos mesmos.

A partir do momento em que há uma falha, sob qualquer forma, na prossecução destes objetivos gera-se este facto voluntário.

Restará seguidamente averiguar se esse facto será ilícito e culposos, Contratual e Extracontratualmente.

---

<sup>6</sup> LUIS GUIMARÃES PINTO, “ *Ações wrongful birth e wrongful life – uma controvérsia sobre a Responsabilidade Médica Civil*” Revista Lusitana, pág 369.

## A Ilicitude

### Ilicitude Contratual

#### **Ponto de partida: o cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médicos**

No âmbito do contrato de prestação de serviços médicos a ilicitude há-de corresponder a um comportamento de desconformidade entre a conduta devida pelo médico e o comportamento observado. Corresponderá, indubitavelmente, à falta de cumprimento dos mencionados deveres de prestação principais ou acessórios ou em alternativa no seu cumprimento defeituoso.

Entende-se por dever primário de prestação ou prestação principal aquela que deriva diretamente do tipo de contrato, caracterizando-o e, consistindo no seu *núcleo essencial*.

Já os deveres acessórios ou laterais são deveres que servem para dar pleno cumprimento à obrigação principal, complementando-a, sem os quais, esta não se encontrará validamente cumprida. Exemplo relevante no caso concreto é o dever de informação<sup>7</sup>.

A ilicitude da conduta do médico resultará inevitavelmente da violação de um dever profissional que consubstancie uma obrigação plasmada no contrato. Certamente, que o médico terá, *prima facie*, um dever de realizar um diagnóstico pré-natal, realizá-lo diligentemente (dever primário de prestação) e, posteriormente, proceder à informação correta dos resultados aos pais, (dever secundário).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, “Responsabilidade Médica em sede de diagnóstico pré-natal” Revista do Ministério Público, Nr. 132, Dezembro de 2012, pág71-72 .

Como afirma LUCÍLIA NUNES<sup>9</sup> “ Na prática de atos de saúde, havendo natureza contratual, parece claro que a exigência é de uma atuação que observe os deveres de cuidado (...) existe incumprimento quando é cometida uma falta técnica, por ação ou omissão, dos deveres de cuidado e diligência.”

Os deveres emergentes da atuação médica corresponderão desde logo a um correto acompanhamento, diagnóstico, tratamento e aconselhamento dos doentes, mas sobretudo aos deveres de informação e ao consentimento informado.<sup>10</sup>

Foi violado não só o dever de diagnóstico fidedigno como o dever de informação que visa proteger a mãe mas também o filho, uma vez que ao não informar a mãe das patologias, impede-a de obter uma decisão livre e esclarecida sobre a prossecução da gravidez, que poderia levar ao não nascimento e à não ocorrência de danos para a criança.

Considerando, assim a esta concreta atuação médica, podemos concluir que houve um cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médicos.

O cumprimento defeituoso é uma espécie de inadimplemento, a par do incumprimento definitivo, que se distingue deste uma vez que o contrato é cumprido, mas as prestações realizadas não são qualitativamente ou quantitativamente as que seriam exigíveis.

Como ensina BRANDÃO PROENÇA <sup>11</sup> “ o cumprimento defeituoso (...) resulta da violação dos três princípios fundamentais que regem o cumprimento, ou seja, a boa fé, a pontualidade e a integralidade, traduzindo-se na execução de prestações diversas das estipuladas ou ainda na inobservância dos chamados deveres laterais”.

---

<sup>9</sup> LUCÍLIA NUNES “ *Responsabilidade do profissional de saúde- esfera da ação enquadramento e contexto*” in: curso complementar de Direito da Saúde, Edição centro de estudos judiciais, Lisboa, 2013, pág 32.

<sup>10</sup> Várias declarações internacionais têm posto ênfase na necessidade deste consentimento informado, nomeadamente através da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, que no seu artigo 3º nr.2 estabelece “ no domínio da medicina (...) devem ser respeitados, designadamente o consentimento livre e esclarecido da pessoa”. A nível nacional encontramos também a consagração deste direito desde logo na CRP no artigo 26º nr.3. Também no código penal temos o artigo 156º e 157º.

<sup>11</sup> BRANDÃO PROENÇA, “*Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*” Coimbra Editora, 2011, pág 355.

O cumprimento defeituoso, gerador do dever de indemnizar, traduz -se, assim, num cumprimento inexato das prestações estipuladas no contrato. Será o caso em que a prestação efetuada não contém os requisitos necessários para fazê-la coincidir com o conteúdo que estava previsto pelas partes.

No seio da Responsabilidade Médica, segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA <sup>12</sup> “o cumprimento defeituoso ocorre sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que efetivamente foram prestadas pelo prestador de serviços médicos (...) a desconformidade pode incidir: na deficiente escolha das prestações que compete ao médico particularizar (escolha errada de meios de diagnóstico, atos inúteis); na deficiente conexão entre os atos médicos selecionados ou na sua execução deficiente; na imperfeita observância de deveres acessórios (em relação a deveres de informação) ”.

Parece-nos adequado, deste modo, considerar que no caso concreto não houve um incumprimento definitivo mas sim um cumprimento defeituoso, uma vez que o médico realizou as prestações a que estava adstrito (vigiar a grávida através da realização de exames, de consultas, etc.) no entanto não as realizou integralmente como seria exigível. Uma vez que não foi capaz de detetar a patologia do feto, uma de duas hipóteses ocorreu: ou o médico não realizou os meios de diagnósticos adequados e necessários ou não interpretou corretamente o resultado dos mesmos.

Quer numa hipótese quer noutra, está presente um cumprimento com defeito das prestações a que o profissional estava obrigado. Pois, na verdade a prestação é cumprida pontualmente mas com vícios e irregularidades o que na prática se traduz num adimplemento, porém insatisfatório.

### **A Proteção conferida à criança enquanto terceiro estranho ao negócio: teoria do *Contrato com eficácia de proteção para terceiro***

Houve efetivamente a celebração de um contrato de serviços médicos entre a mãe e a equipa médica que, como vimos, foi cumprido defeituosamente. Porém, esta violação

---

<sup>12</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “ *Os contratos civis de prestação de serviço Médico* ” em Revista da Saúde e da Bioética, 1997, pág 115.

do contrato opera apenas em relação à mãe, pois ela é que é parte do mesmo. Então perguntamos: como é que pode o filho – um estranho ao negócio, tirar partido deste cumprimento defeituoso, sendo que entre a criança e o médico não foi, diretamente, celebrado nenhum contrato e portanto, à partida, não existirá entre eles nenhum vínculo negocial?

Cremos que poderá ser ressarcido ao abrigo da *teoria do contrato com eficácia de proteção para terceiro*.

Esta teoria é enquadrável na chamada terceira via da Responsabilidade Civil uma vez que na sua génese está uma factualidade que não se insere totalmente no domínio da Responsabilidade Contratual nem no domínio da Responsabilidade Extracontratual, pois nas palavras de MENEZES LEITÃO<sup>13</sup> “ Há situações que não podendo entrar na totalidade no âmbito das obrigações contratuais, propriamente ditas, serão um *plus* à Responsabilidade Extracontratual, daí se dever consagrar uma terceira via fundada em deveres específicos para além da relação contratual.”

E, como destaca PAULA NATÉRCIA ROCHA<sup>14</sup> “verifica- se relativamente a alguns terceiros, que embora posicionados fora do âmbito subjetivo do contrato, devem ser abrangidos pela proteção destes por especial proximidade que têm com as partes contratantes”.

Esta teoria também defendida por PAULO MOTA PINTO<sup>15</sup> pretende proteger um terceiro que por algum motivo tenha uma relação de proximidade com as partes principais e, pelo menos, por imperativos de boa fé, este terceiro deva também, aquando a ocorrência de uma violação, ter proteção nos moldes das partes primitivas.

Justifica- se o recurso a esta teoria, segundo MENEZES LEITÃO<sup>16</sup> uma vez que “ a essência da Responsabilidade Civil é que qualquer pessoa tem no mínimo um dever

---

<sup>13</sup> MENEZES LEITÃO “*Direito das Obrigações*” Vol. 1, 15ª edição, Almedina, 2018, pág 348 e sgs.

<sup>14</sup> PAULA NATÉRCIA ROCHA “*Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions*” em JULGAR online, 2018, pág 1-21.

<sup>15</sup> PAULO MOTA PINTO “*indenização em caso de nascimento indevido e de vida indevida( wrongful birth e wrongful life)*” em Lex Medicinæ, ano 4, nr.7, 2007, pág 16 -18.

<sup>16</sup> MENEZES LEITÃO, *O Dano da vida*” in Cadernos de Direito Privado, Nr especial 02, 2012, pág. 11.

de cuidado em relação a outrem e se esse dever é violado há dever de indemnizar. Ora havendo essa indemnização não há nenhuma razão para não a atribuirmos ao principal lesado – a criança! (...) ela é principal atingida pela negligência médica e então a Responsabilidade do médico para com a mãe deve estender-se a ela.”

Trata -se no fundo de uma Responsabilidade intermédia fundada em situações que correspondem à violação de deveres específicos de proteção e cuidado, emergentes de um contrato, mas para com terceiros.

Esta doutrina do *contrato com eficácia de proteção para terceiro* surge-nos no contexto da chamada teoria da *vinculação específica*, inspirada por sua vez na doutrina da *tutela da confiança*.<sup>17</sup>

O reconhecimento da relação obrigacional enquanto relação complexa, levou a que se considerasse que certos deveres laterais impostos pela boa fé ( artigo 762 nr 2 do CC) podem também contemplar a posição jurídica de terceiros. Tais deveres podem, em casos determinados, beneficiar estes terceiros, tutelando os seus interesses, de tal modo que, em caso de dano, lhes é atribuída a faculdade de deduzirem um pedido indemnizatório contra a parte do contrato que haja violado o dever.

Os terceiros, porém, não se tornam partes do contrato, nem adquirem direito à prestação contratual<sup>18</sup>. Apenas serão abrangidos pela proteção que emana do contrato, em virtude de deveres de proteção e de cuidado. Não se trata, pois, de atribuir ao terceiro qualquer papel na prestação principal, mas de considerar que o devedor, além da prestação principal que tem para com o credor, terá prestações secundárias de proteção e cuidado para com um terceiro.

---

<sup>17</sup> Um autor que trabalhou esta problemática da teoria da confiança e da vinculação específica foi MENEZES LEITÃO na sua obra “ *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português* ”, Almedina, 2005, pág 340 e sgs.

<sup>18</sup> Esta é a principal diferença entre a figura que se está a considerar e a figura do contrato a favor de terceiro previsto nos artigos 443º e sgs do CC.

Esta proteção conferida ao terceiro pode resultar de estipulação contratual expressa ou através dos mecanismos de interpretação – artigo 236º do CC ou do mecanismo da integração – artigo 239º do CC.

Contudo, esta figura do *contrato com eficácia de proteção para terceiros* pode levantar a questão da sua admissibilidade uma vez que, além de não estar diretamente regulada na lei, desvirtua da principal característica em matéria contratual – o *princípio da relatividade dos contratos* (406º nr. 2 do CC).

Os contratos são negócios jurídicos que, como sabemos, em princípio, têm apenas efeitos *inter se*. Isto quer dizer que por norma não se pode invocar os efeitos do mesmo face a um terceiro, não devendo este, ser beneficiado ou lesado por algum contrato celebrado entre pessoas alheias a si.

Não obstante, em nossa opinião, esta doutrina é perfeitamente aceitável e, embora concordemos que foge sim, ao escopo do mencionado princípio, entendemos também que há negócios jurídicos que podem abarcar no seu núcleo a posição de um terceiro, ainda que indiretamente, se as circunstâncias e sobretudo as partes assim o determinarem. É princípio base estruturante o *princípio da liberdade contratual*, corolário básico do, importantíssimo, *princípio da autonomia privada* (405º do CC) e em nosso parecer, este último princípio deve sempre prevalecer face ao *princípio da relatividade dos contratos*.

Deve existir, no entanto, precaução no que diz respeito ao preenchimento do âmbito subjetivo desta proteção e estabelecer-se, cuidadosamente, quais os terceiros que devem ser incluídos no núcleo de proteção, sob pena de haver uma desconsideração total da figura do contrato que estabelece, primordialmente, vínculo entre duas partes. Não podemos assim, abrir portas a uma aplicação indiscriminada desta teoria.

CARNEIRO DA FRADA alerta-nos precisamente sobre isto, entendendo que há que ter cuidado na delimitação dos terceiros que merecem estar abrangidos por esta doutrina sob pena de “descaracterização da Responsabilidade”. Em seu entender “os terceiros incluídos dentro do círculo de proteção conferida por um contrato deverão ser apenas aqueles que face ao credor, se encontrem em contacto próximo com a prestação

principal objeto do contrato (...) e que entre credor e terceiros abrangidos pelo efeito protetor do contrato, exista uma comunhão de interesses e vantagens.”<sup>19</sup>

Partilhamos da posição de MENEZES LEITÃO quando diz que a criança pode com toda a certeza ser abrangida por esta teoria. Certo é que, quando estamos a falar de uma gravidez e uma mãe é acompanhada por profissionais de saúde, cremos, sim, que a boa prática médica deve render bons frutos não só para ela mas também, e até, primordialmente, para a criança. Obviamente que neste caso é perfeitamente expectável que a criança nasça bem e sem qualquer tipo de anomalias. Ocorrendo algum incumprimento contratual e, se esse incumprimento afeta diretamente o terceiro, que é o paradigma no caso concreto, obviamente que este deve poder lançar mão dos meios de defesa previstos para a parte principal lesada no negocio em igualdade de circunstâncias

Em suma, a *teoria do contrato com eficácia de proteção para terceiros* poderá ser perfeitamente válida mas está dependente de três grandes requisitos.

Em primeiro lugar, será necessário que do contrato resulte claramente mediante as circunstâncias, efeitos, ainda que indiretos sobre um terceiro, emergentes de uma relação de particular proximidade entre o credor e o terceiro. Por outras palavras, embora o contrato seja apenas celebrado entre A e B tem que estar previsto, de alguma forma, que os efeitos X Y e Z possam afetar, pela sua proximidade, além da posição jurídica de uma das partes também a posição jurídica de um terceiro estranho ao negócio. Este requisito parece-nos compatível com o caso em apreço, uma vez que quando mãe inicia as consultas toda a atuação médica vai repercutir-se não só na sua saúde como também na do seu filho, que pelas razões óbvias está ligado a si. A mãe realiza o contrato para a proteção da sua saúde mas confiando, igualmente, na proteção do filho.

Em segundo lugar, será necessário demonstrar-se que entre credor e terceiro existe um interesse concordante. Não nos parece também difícil de que tal aconteça neste caso, dado que o interesse da mãe e do feto seria o mesmo: uma correta realização da prestação

---

<sup>19</sup> CARNEIRO DA FRADA, “ *Uma terceira via no Direito da Responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*” Almedina, 1997, pág. 91 e sgs.



contratual, no sentido de praticar os atos médicos necessários com o objetivo último de existir um nascimento saudável.

Por último, deve o devedor ter cognoscibilidade de que daquele contrato resultaria, efetivamente, para o terceiro uma proteção fundada em deveres de cuidado. Este requisito também se cumpre, uma vez que o médico ao celebrar o contrato com a mãe, está também a vincular -se indiretamente ao filho e sabe das repercussões que diretamente os seus atos lhe pode causar.

Posto isto, é perfeitamente sustentável a ilicitude perante o filho com base nesta teoria uma vez que se acha provado, que o feto tem uma proximidade particularmente grande com o credor do contrato, sendo determinável entre as partes, no início deste, que o mesmo teria logicamente um interesse protegido, quanto mais não seja ao abrigo do princípio da boa fé.

O que se verifica, é que o médico, para além dos deveres principais, secundários e acessórios que tem para com o pais, fica ainda com deveres especiais de proteção e cuidado para com a criança. Deste modo, prolonga-se a relação obrigacional para lá da esfera onde se encontram os dois contraentes (mãe e médico), sendo que a este prolongamento corresponde um direito da criança de exigir uma indemnização pela violação dos deveres laterais que o médico tinha para com ela.<sup>20</sup>

Questão também debatida na doutrina é a de saber se, tratando-se a figura do *contrato com eficácia de proteção para terceiro* de uma figura *híbrida*, devem ser aplicáveis as regras da Responsabilidade Contratual ou as da Responsabilidade Extracontratual

MENEZES LEITÃO <sup>21</sup> considera que as figuras que compõe a *terceira via* da Responsabilidade Civil, deverão seguir um regime composto por regras pertencentes a ambas as modalidades, valendo-se o lesado das mais apropriadas face ao caso concreto, segundo as regras da integração de lacunas prevista no artigo 10º do CC.

---

<sup>20</sup> MARTA NUNES VICENTE, *op, cit, pág 130*.

<sup>21</sup> MENEZES LEITÃO, “*Direito das Obrigações*” *op, cit, pág353*.

Já para CARLOS MOTA PINTO <sup>22</sup> deve aplicar-se as regras apenas da Responsabilidade Contratual uma vez que o que acontece é, em seu entender, uma extensão da relação contratual para terceiros, razão pela qual não se justificaria que se aplicasse também as regras da Responsabilidade Extracontratual.

A este respeito, partilhamos a posição de MENEZES LEITÃO. Em nosso entender, a figura do *contrato com eficácia de proteção para terceiros* deve ser enquadrável, primordialmente, no âmbito da Responsabilidade Contratual, uma vez que há, efetivamente, como nota CARLOS MOTA PINTO, um prolongamento da relação contratual para lá da esfera das partes primitivas.

No entanto, não vemos entraves a que o lesado, na hipótese do ilícito contratual consubstanciar também um ilícito Extracontratual, possa firmar o seu pedido com recurso a regras de ambas as vias, se tal for mais vantajoso para si.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup>CARLOS MOTA PINTO, “*cessão da Posição Contratual*” Almedina, 2003, pág 419 e sgs.

<sup>23</sup>Veremos mais à frente algumas considerações sobre esta matéria e como é que a questão tem sido tratada na doutrina no capítulo referente ao Concurso de Responsabilidades.

## A questão da condição jurídica do nascituro – breve reflexão

Uma das objeções que poderá ainda ser colocada à procedência das ações de “vida indevida” é a falta de contemporaneidade da personalidade do nascituro no momento em que ocorre o dano.

Isto porque no momento da celebração do contrato, a criança juridicamente, era um nascituro e como tal não era detentor de personalidade jurídica – a mesma só adquiriria no momento do nascimento completo e com vida (artigo 66º nr.1 do CC).

Desta forma, poderíamos pensar que por não ser sujeito de direitos, não entrariam na sua esfera jurídica os efeitos do cumprimento defeituoso do contrato.

Neste sentido, temos uma decisão do STJ de que foi Relatora ANA PAULA BOULAROT<sup>2425</sup> que decide, no âmbito de uma *wrongful life action*, em que o pedido indemnizatório é precisamente formulado no sentido de se entender estar em presença um *contrato com eficácia de proteção para terceiros*, que tal não será viável desde logo, porque aquando a celebração do contrato o feto ainda não teria personalidade jurídica e como tal inexistia enquanto ser humano, não podendo fundar o seu pedido em direitos que não poderiam nunca existir na sua esfera jurídica.<sup>26/27</sup>

Contudo, entendemos que há direitos que embora tenham a sua origem no momento em que o seu titular é ainda um nascituro, só se vêm a manifestar no momento do nascimento e, por isso devem considerar-se estes danos no momento em que este ocorre e oferecer lhes a respetiva proteção - é o que nos sugerem MARTA NUNES

---

<sup>24</sup> Acórdão STJ DE 17-01-2013, PROC.NR. 943406/06.6TBMTS.PI.SI em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>25</sup> Foi também usado este argumento no caso já mencionado *Mcaybs Essex Area Health Authority*, considerando o tribunal que o médico não teria nenhuma obrigação para com o nascituro por falta de personalidade jurídica deste.

<sup>26</sup> Proferido em Revista ao acórdão da TRP de 01-03-2012 do Relator Filipe Carço, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>27</sup> Além deste argumento, foi invocado também a inexistência de um verdadeiro nexo causal entre facto e o dano da criança, assim como inexistência de ilicitude, porquanto as malformações existiram sempre independentemente da situação lícita dos réus. Argumentação, aliás, que se assemelha à proferida no caso André Martins.

VICENTE<sup>28</sup>, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS<sup>29</sup>, PAULO MOTA PINTO <sup>30</sup> e HEINRICH HORSTER.<sup>31</sup>

Para a mencionada autora, uma criança dentro do ventre materno não é capaz de experimentar as consequências do incumprimento, só o poderá fazer após o nascimento. PAIS VASCONCELOS igualmente admite que os nascituros “serão já seres humanos com vida sendo o nascimento só mais um marco no desenvolvimento da pessoa (...) por isso mesmo, por o nascituro já ser um ser humano vivo, não lhe poderá recusar personalidade jurídica que, no caso das pessoas singulares, será pré-legal, pelo simples facto ontológico de o nascituro ser um ser vivo”.

Seguimos inteiramente a linha de pensamento destes autores, pois embora concordemos que os nascituros não sejam sujeitos de direitos plenos enquanto não ocorra o nascimento completo e com vida, entendemos também, que há lesões que só se repercutem depois do nascimento, mesmo que a sua verificação se dê em momento anterior. Por esse motivo faz sentido que quando nasça, aquele ser possa exigir a reparação dos danos que a partir daquele momento o afetem, mas também aqueles que o afetam advindos de momento anterior, pois nas palavras de HORSTER “há uma identidade entre o nascituro e a criança nascida com o dano, razão pela qual no momento em que se dá o nascimento do nascituro, as lesões tornam-se lesões da própria criança e aí sim, independentemente de quando as lesões foram provocadas, nasce o direito à indemnização.”

---

<sup>28</sup> MARTA NUNES VICENTE *op, cit*, pág 75.

<sup>29</sup> PEDRO PAIS VASCONCELOS, “ *Teoria geral do Direito Civil*” 8º edição, Lisboa, Almedina, 2015, pág 74 e sgs.

<sup>30</sup> CARLOS MOTA PINTO “ *Teoria Geral do Direito Civil*” 4º edição, Coimbra Editora, 2012, pág 201.

<sup>31</sup> HEIRINCH HORSTER, “*A parte geral do Código Civil Português*”, Almedina, 2001, pág 301 e sgs.

## **Ilicitude Extracontratual**

### **A Violação de um Direito Subjetivo – o Direito a não nascer e a ofensa à santidade da vida e à dignidade da pessoa humana: mudança de paradigma**

#### **O Direito a nascer saudável e o direito à vida com qualidade de saúde**

Para que se encontre preenchido o requisito da ilicitude, deve o ato lesivo ofender e violar diretamente um direito alheio ou interesse protegido. Significa isto, que só podemos arguir que há ilicitude se previamente existir um direito passível de ser violado - sendo que neste caso e, como ressaltou o STJ no caso André Martins, tratar-se-ia de um direito “a não nascer.”

Aqui começam os problemas.

Quando nos deparamos com uma ação de *wrongful birth*, não é particularmente difícil encontrar a ilicitude. Na responsabilidade obrigacional, como já vimos, dirá sempre respeito a uma violação dos deveres plasmados no contrato. Na responsabilidade extracontratual dirá respeito a uma violação de um direito subjetivo - por exemplo a frustração do livre planeamento familiar, da liberdade reprodutiva, etc.

Já nas *wrongful life actions* há de facto, uma maior dificuldade em verificarmos a ilicitude única e exclusivamente em relação à criança. É imperativo que esta alegue um direito próprio e não um direito dos pais (como aconteceu no caso André Martins) sob pena de haver uma desconformidade entre pedido e causa de pedir.

Como ressaltou ANTONIO PINTO MONTEIRO no acórdão de 21-06-2001 de que foi relator, mencionado anteriormente, a única forma de admitirmos a esta criança a violação de um direito subjetivo, só poderia ser através do reconhecimento do direito a não nascer. Todavia, colocaríamos em cheque a inviolabilidade da vida humana.

CARNEIRO DA FRADA<sup>32</sup> a este propósito pergunta: “A Responsabilidade Civil é normalmente invocada como forma de proteção da vida e da sua qualidade contra lesões físicas. Poderá, também ser chamada a intervir para tutelar um (suposto) interesse na morte?”

Na verdade, quando falamos em *wrongful life actions* não estamos a defender a morte de alguém nem tao pouco a discutir o valor do bem vida ou a arguir que nas circunstâncias de alguém nascer deficiente, a sua vida há- de ser tão “miserável” que “mais valia” não ter nascido.

Não estamos a comparar diretamente uma existência (com deficiências) com uma não existência de todo.

Partilhamos da opinião de que a vida é um bem absoluto. Mas nem todas as vidas podem ser consideradas dignas no sentido da sua qualidade.

Irremediavelmente, uma vida com deficiências será, perpétuamente, uma vida mais limitada e sofredora do que uma vida comum e é neste aspeto que devemos focar as nossas atenções.

Como defende, e bem, VERA LÚCIA RAPOSO<sup>33</sup> a ilicitude não há-de reportar-se à vida na sua totalidade mas sim a uma concreta forma de vida – a deficiente. E negar a esta pessoa reagir contra a vida diminuída que lhe impuseram é, segundo PAULO MOTA PINTO, uma forma de reafirmar a ofensa que já lhe foi feita, na medida em que além de não ter podido ser evitado o seu nascimento, não lhe é sequer possível poder comparar-se a uma pessoa normal – no sentido da reparação dos danos que haja sofrido.

Com isto pretendemos dizer que quando falamos em “dano da vida” não falamos em dano de estar vivo. Mas sim do dano de estar vivo sem qualidade de vida e de saúde, ou seja, do dano da vida deficiente.

---

<sup>32</sup> CARNEIRO DA FRADA, “ *A vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite*” em ROA, 2008, disponível em [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt).

<sup>33</sup> VERA LUCIA RAPOSO, “ *As wrong actions no inicio da vida( wrongful conception, wrongful birth, wrongful life) e a Responsabilidade Médica* em Revista portuguesa do dano corporal, 2010, págs. 61-99.

Falamos antes no Direito a nascer saudável e à qualidade de vida e saúde.

Creemos que não é correta a interpretação que se faz das *wrongful life actions* e que deve ocorrer uma mudança na interpretação do que está verdadeiramente em causa quando se fala em “vida indevida”.

Devemos antes interpretar este direito de um outro quadrante: o direito que temos, todos, a ter uma vida com qualidade e, que se tal não for possível, então que se entenda, que nessas circunstâncias deveria sim, o nascimento ser evitado.

JOSÉ DA COSTA FARIA<sup>34</sup> reflete sobre algumas circunstâncias que implicam a necessidade de uma pessoa considerar a sua vida desvaliosa. Serão os casos em que “ a qualidade de vida atinge níveis de humilhação e o sofrimento é para la do razoável”. Aliás, a vida embora sendo reconhecida como um bem indisponível, é certo que no ordenamento jurídico português, são admitidas algumas exceções à sua não disponibilidade. Relembra FERNANDO DIAS SIMÕES<sup>35</sup> “Há que reconhecer, desde logo, que o nosso ordenamento jurídico não atribui um valor absoluto e indiscutível à vida, uma vez que a sua proteção sofre algumas relativizações em alguns casos (por exemplo, na legítima defesa e no estado de necessidade). Estas relativizações também se manifestam ao nível da própria disponibilidade do direito por parte do seu próprio titular, por exemplo, com a não punição do suicídio. O surgimento de algumas decisões sobre o direito a morrer com dignidade demonstra, por outro lado, que por vezes os princípios de ordem pública favorecem a não vida sobre a vida”.

Com isto não estamos a pôr em causa a dignidade da vida humana, pelo contrário estamos a reafirmá-la - “Chamar à colação o valor da dignidade humana para negar a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais consubstancia uma contradição em si mesmo: respeitar-se-á mais a dignidade humana recusando a indemnização ou, ao contrário, não será o respeito pela pessoa humana e pela sua dignidade a exigir que se lhe

---

pressuposto<sup>34</sup> JOSÉ DA COSTA FARIA, “ *O fim da vida e o direito penal*” in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pag. 794.

<sup>35</sup> FERNANDO DIAS SIMÕES, “ *Vida indevida? As ações de wrongful life e a dignidade da pessoa humana*” em Revista de Estudos Politécnicos, Vol. VIII, 2010, págs. 187-203.

reconheça o direito à indemnização, a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade?”<sup>36</sup>

O Direito deve assentar na justiça e equidade, onde será primordial encontrar as soluções mais justas para o caso concreto.

Quando falamos em “ vida indevida” e em direito a uma vida saudável e com qualidade, estamos apenas a apelar para que se reconheça que uma vida deficiente é uma vida sem qualidade, traduzindo-se como descreve PIRES DA ROSA em “ uma vida que não é vida”<sup>37</sup>

De que adianta viver se essa vida não tem no fundo, utilidade prática nem sentido, porque muitas vezes é vegetativa? Não devemos, pois, ir longe demais na tutela da vida humana e considerá-la suprema em qualquer circunstância.

Nesta esteira, defendemos que deve ser atribuído um “novo” direito subjetivo à criança configurado como o direito a nascer saudável e o direito à qualidade de vida e à saúde.

Não consideramos que seja atentatório dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, nem um desrespeito à dignidade da pessoa humana ou à santidade da vida, consagrar este direito a não nascer como “remédio” para uma existência, que nestas condições, é indigna.

Defendemos a vida com qualidade de saúde. Viver uma vida com deficiência não será viver – mas sim sobreviver. Fazer com que estas pessoas, não tenham alternativa senão experimentarem uma vida sem qualidade, sem que possam procurar defender-se do erro que cometeram contra ela, é uma forma de sofrerem uma “dupla vitimização”.

Dupla vitimização uma vez que, não só não foi possível impedir que o seu nascimento ocorresse (o que seria o ideal) como ainda se rejeita qualquer indemnização fundada nesse direito, para tentar dignificar um pouco esta vida, compensando-a pelo

---

<sup>36</sup> PIRES DA ROSA, *op. cit.*, pág 53.

<sup>37</sup> PIRES DA ROSA, *op. cit.*, pag 56



menos, pelas dificuldades acrescidas que enfrenta já que não poderá viver de outra forma senão deficiente.

Por isso o direito a nascer saudável e à qualidade de vida enquanto direito autónomo tem sido várias vezes defendido, como vimos por PIRES DA ROSA e COSTA FARIA e por tantos outros autores que buscam uma afirmação das *wrongful life actions*<sup>38</sup>.

A nível jurisprudencial, em Nova Iorque em 1977, o caso conhecido “ Park vs Chessin”<sup>39</sup> corrobora este entendimento. Foi julgado procedente um pedido de *wrongful life action*, tendo sido conferida à criança uma indemnização pelos danos sofridos precisamente, porque p tribunal considerou que o que estava em causa era um direito fundamental a nascer saudável.

Uma vez reconhecido este “novo” direito teremos, no entanto, que abordar uma questão essencial: como se estabeleceria concretamente a ilicitude, sendo que a deficiência por ser congénita, iria sempre verificar-se?

A ilicitude há-de tão-somente reportar- se ao facto de terem sido omitidos durante a gestação os deveres profissionais necessários para que o nascimento pudesse ter sido evitado.<sup>40</sup>

Neste plano, não discutimos como é que o médico poderia evitar a deficiência, mas sim, sendo esta uma certeza irremediável, como poderia ter atuado no sentido de evitar que ela se conformasse. E, neste caso seria garantir que o seu nascimento pudesse ter sido evitado. Para isso teria que ter informado previamente a mãe da patologia da

---

<sup>38</sup> Ver neste sentido JOANA SAMPAIO DE ANDRADE “O estatuto da criança e a indemnização das ações de vida indevida “ em Dissertação de Mestrado em Direito Civil , Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, 2019; SARA CRISTINA GOMES DUARTE “*wrongful birth, wrongful life, wrongful conception: a admissibilidade das wrongful actions à luz da dogmática comum da Responsabilidade Civil*” em Dissertação de Mestrado, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica portuguesa, 2017;

<sup>39</sup> Ver SARA GONCALVES SILVA, “*op,cit*, pág 126.

<sup>40</sup> Claro que a violação destes deveres opera primeiramente em relação à mãe, e por esse motivo muitos autores como Carneiro da Frada na obra já mencionada, e também António Pinto Monteiro, no caso André Martins, entendem afastar a Responsabilidade do médico mas a verdade é que tratando-se de uma gravidez não podemos dissociar inteiramente aquilo que afeta a mãe e aquilo que afeta o filho, individualmente considerados. Neste particular caso, e estando em causa o direito a ver o seu nascimento evitado, obviamente que qualquer impedimento para que a mãe o faça, tornar-se-á automaticamente como facto ilícito contra o filho.

criança. Por atuação sua, esta mãe não pôde decidir acerca do futuro daquela gestação e com isso garantiu aquele nascimento.

Certo é que nada garantiria que a mãe iria, uma vez ao corrente da enfermidade do filho, proceder a uma IVG, tal como alerta LUIS GUIMARÃES PINTO<sup>41</sup>: “este direito de interromper ou prosseguir com a gestação é um direito que estará presente na esfera jurídica da mãe e que só ela o poderia decidir”.

Este argumento, aliás, foi usado para rejeitar um pedido indemnizatório no Reino Unido, no caso *Mackay vs Essex Area Health Authority*<sup>42</sup>. Neste caso a mãe veio intentar ação apenas em nome do filho, portanto formulou um pedido apenas com o fundamento em *wrongful life*, o Court of Appeal rejeitou-o alegando precisamente que não era viável fundar o direito da criança numa decisão que apenas à mãe caberia ( de prosseguir com a gestação) que dificilmente se provaria.

Mas não nos parece acertada esta conclusão, pois não obstante a incerteza da prova, com a atuação lícita do médico estaria pelo menos aberta essa possibilidade. E é aí que reside a ilicitude em violação do direito subjetivo da criança a “nascer saudável”.

Como sugere SARA GONCALVES DA SILVA<sup>43</sup> “O médico não é o responsável pela deficiência ou malformação que surge normalmente desde o início da vida pré-natal. Porém, a omissão do esclarecimento é considerada ilícita, uma vez que o comportamento alternativo lícito do médico poderia ter evitado o nascimento e, assim, a vida deficiente ou com malformações.”

Para suprir a dificuldade de prova bastaria, em nosso entender, questionar a mãe qual seria a sua decisão e, se esta alegasse a vontade de interromper a gestação se tivesse tomado conhecimento da deficiência, estaria presente no espírito do julgador um facto que lhe permitiria indagar acerca das circunstâncias prováveis que ocorreriam se a mãe tivesse sido informada.

---

<sup>41</sup> LUIS GUIMARÃES PINTO, “*Ações de wrongful birth e wrongful life, uma controvérsia sobre a Responsabilidade Médica*” em Revista de Direito Lusíada, 2015.pags. 357-387.

<sup>42</sup> SARA GONCALVES SILVA “*op, cit*, pag.129.

<sup>43</sup> SARA GONCALVES SILVA, “*op. Cit*, pág. 127.

## **A Culpa**

### **Culpa Contratual**

#### **A natureza da obrigação médica (obrigação de meios ou obrigação de resultado?) e a aplicação da presunção legal de culpa do artigo 799 do CC**

Traduzida num juízo de censura de uma conduta do agente, deverá demonstrar-se que o credor podia e devia ter cumprido ou cumprido sem defeitos.

Haverá duas formas de culpa: a culpa dolosa quando há um ato doloso e a mera culpa quando há um ato negligente.

No âmbito das ações por Responsabilidade Médica o critério de aferição da culpa será o critério geral do bom pai de família, previsto no artigo 487º, por remissão do artigo 799ºnr2 do CC. Este critério traduz-se na prática, no bom profissional, medianamente competente, prudente e zeloso – *médico médio*.

Nas ações por “nascimento indevido” a atuação do médico deve ser entendida na maioria dos casos como mera culpa e não dolo, uma vez que as lesões provocadas ao paciente são na grande maioria dos casos resultado de ações negligentes e não dolosas. Como já constatamos, o médico foi negligente na sua atuação e não cumpriu os deveres contratuais a que estava vinculado, nomeadamente a obrigação de fazer um correto diagnóstico, assim como de informar corretamente os pais.

No que diz respeito à repartição do ónus da prova, por se tratar de Responsabilidade Obrigacional, o pressuposto da culpa não carece de ser preenchido pelo lesado, sendo que ocorre uma inversão do ónus da prova – artigo 344º do CC por aplicação de uma presunção legal de culpa – artigo 350º e 799º do CC.

Porém, esta presunção poderá ser ilidida mediante prova pelo devedor que nas circunstâncias do caso concreto não poderia e deveria ter agido de outro modo.

A este respeito, questão pertinente é a de saber se as obrigações que impedem sobre o médico devem ser consideradas obrigações de meios ou obrigações de resultado. E sobre qual destas modalidades (ou ambas) é que deve incidir a presunção legal de culpa do artigo 799º.

ANA ELISABETE FERREIRA <sup>44</sup> define no que toca à Responsabilidade Médica obrigações de meios como sendo aquelas em que o profissional de saúde compromete-se a proporcionar todos os cuidados de acordo com *legis artis*, prestando igualmente toda a assistência com o intuito de curar ou prevenir certa doença. Já as obrigações de resultado seriam aquelas em que, adotando toda a diligência necessária e cumprindo todos os ditames da boa prática médica, o profissional deva garantir a cura, ou outro compromisso para com o paciente.

A doutrina maioritária entende que a atividade médica corresponde sempre a uma obrigação de meios, já para outros autores, algumas obrigações específicas devem corresponder a obrigações de Resultado.

Importa assim fazer uma interpretação no sentido de enquadrar o ato médico como uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado e a sua conjugação com a presunção legal de culpa.

Parte da doutrina, da qual destacamos MOITINHO DE ALMEIDA vai no sentido de ver a atuação médica como uma obrigação de meios, pois segundo o autor o médico não se obriga a alcançar um resultado específico mas sim a encetar todos os esforços, e a ser zeloso e diligente o bastante para tentar cumprir o fim visado pelo paciente.

Defende também, que em matéria de prova da culpa e no caso específico da existência de uma presunção legal, esta não deve ser aplicável em casos de Responsabilidade Médica<sup>45</sup>. Alega que tal seria sobrecarregar em demasia a posição do

---

<sup>44</sup> ANA ELISABETE FERREIRA, "Obrigações de meios e obrigações de resultado na Responsabilidade Médica. Estudo de caso e atualização da jurisprudência portuguesa" em Actualidad Jurídica Iberoamericana, Nr. 3, 2015, pág 479-490.

<sup>45</sup> MOITINHO DE ALMEIDA, *op, cit*, pág. 337.

médico, que “sendo uma obrigação de meios, não poderia nunca garantir os resultados que o paciente esperaria.”<sup>4647</sup>

Em sentido inverso, FERREIRA DE ALMEIDA<sup>48</sup> entende que há atos médicos que devem ser tidos como obrigações de resultado, dado que da relação entre médico e paciente, especificamente considerada, está em causa um acompanhamento pré-natal cujo o objetivo é que aquela gestação corra sem sobressaltos o que não pode, claro está, passar por erros de diagnóstico, assim como em falhas de informação.

E no mesmo sentido, destaca TEIXEIRA DE SOUSA<sup>49</sup> “a obrigação do médico não deve considerar-se uma obrigação de meios, mas sim uma obrigação *de risco ou resultado aleatório* “ porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou terapia adequada, antes se vincula a fazer uso das suas aptidões para a realização de diagnósticos e terapias aconselháveis. Ainda que não possa responder perante um concreto resultado, ele deverá ser responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar), e das decisões que toma”.

No que diz respeito à qualificação do ato médico como sendo obrigações de meios ou obrigações de resultado, corroboramos o pensamento destes dois últimos autores. Na verdade, quando falamos em diagnóstico de certa patologia e a interpretação correta de exames e outros meios de diagnóstico, por ser, quanto a nós, um dever básico de um profissional de saúde deve ser considerada uma obrigação de resultado, uma vez que o médico não se compromete a “tentar” descobrir alguma patologia e agir em conformidade. Ele será obrigado a consegui-lo. Não será obrigado a curar uma doença, ou neste caso eliminar a deficiência, mas já será obrigado a detetar a mesma, pois a correta interpretação do diagnóstico está inteiramente dentro do seu controlo, sendo que tem, ou deveria ter, os conhecimentos técnicos necessários para não cometer tais erros.

---

<sup>46</sup> Pronuncia -se em sentido semelhante também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA “*A inversão do ónus da prova nas ações de Responsabilidade Médica*” em Revista de Direito da Saúde e da Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996, pág 136.

<sup>47</sup> Também neste sentido TEIXEIRA DE SOUSA “ sobre o ónus da prova nas ações de Responsabilidade Civil Médica” em Revista de Direito da Saúde e da Bioética, pág 121- 144.

<sup>48</sup> FERREIRA DE ALMEIDA,” *Os contratos civis de prestação de serviço médico*” em Direito da Saúde e da Bioética, AAFDL, 1996, pág. 75 e sgs.

<sup>49</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, “*op, cit*,” pág 135.

Em nosso parecer, deve ser feita uma distinção clara dentro da atuação médica, aqueles atos que devem ser considerados obrigações de meios (no plano do tratamento) e aqueles que devem ser considerados obrigações de resultado (no plano do diagnóstico correto e deveres de informação). Parece-nos a solução mais razoável e proporcional.

Nestes termos, devem ser consideradas obrigações de meios todas atuações do médico que correspondam a atos de tratamentos mas já serão obrigações de resultado todas as atuações que correspondam ao uso de meios de diagnóstico corretos, interpretação sem falhas dos mesmos sempre que os meios de diagnósticos sejam de alta precisão técnica, assim como a prestação de todos os deveres de informação ao paciente.

Neste sentido JOÃO ALVARO DIAS<sup>50</sup> destaca “há certos casos, que atenta a sofisticação e alta fiabilidade das técnicas utilizadas parecem fazer recair sobre o médico verdadeiras obrigações de resultado”.<sup>51</sup>

RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>52</sup> acrescenta ainda que “teremos que analisar o grau de certeza dos testes existentes, se existir um elevado grau de fiabilidade dos mesmos, então permitirá afirmar que o médico se vinculou à exatidão dos dados extraídos das análises”.

Tratando-se de obrigação de resultado, nos termos acabados de expor, deve ser aplicável a presunção legal de culpa do artigo 799º, uma vez que nestes casos devemos considerar que há um compromisso entre médico e paciente de este conseguir certo resultado – que neste caso é a interpretação correta dos resultados obtidos e devidos deveres de informação.

No que toca à questão de saber sobre qual das modalidades de obrigações a que nos referimos é que deve incidir a presunção legal de culpa do artigo 799º. Primeiramente,

---

<sup>50</sup> JOÃO ÁLVARO DIAS “ *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica* ”, Coimbra Editora, 1998, pág 250 e sgs.

<sup>51</sup>Foi o decidido num acórdão do STJ de que foi Relator FONSECA RAMOS de 04-03-2008. O tribunal concordou precisamente que sempre que um exame de diagnóstico seja dotados de elevada precisão técnica, a interpretação correta dos resultados vincula o médico a uma obrigação de resultado.

<sup>52</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op, cit*, pág 102.

temos que contrariar o defendido por MOUTINHO DE ALMEIDA quando defende que nos casos de Responsabilidade Médica não deve operar a presunção de culpa.

Fazer recair sobre o médico esta presunção de culpa não será sobrecarrega-lo de modo desproporcional, como argumenta o autor. Pelo contrário, consideramos que se tal não fosse possível estaríamos antes a sobrecarregar o paciente que deve ser visto como a parte mais débil da relação contratual. Será certamente mais fácil para o médico provar que atuou diligentemente, afastando a presunção de culpa, do que para o paciente provar que o médico não atuou de tal forma.

Segundo ANDRÉ DIAS PEREIRA<sup>53</sup> e em contraposição, também, ao defendido por MOUTINHO DE ALMEIDA, embora regra geral caiba ao demandante o ônus da prova da violação da *legis artis* (ilicitude), no que toca a culpa, deve operar na mesma a presunção legal do artigo 799º, cabendo ao médico provar que naquelas circunstâncias não podia ou não devia ter agido de maneira diferente<sup>54</sup>, pois nas palavras de FERREIRA DE ALMEIDA<sup>55</sup> “ou se considera que o tratamento é defeituoso e desconforme com os meios que deveriam ter sido empregues, competindo ao médico provar que não poderia ter empregue os adequados; ou se faz recair sobre o lesado o encargo de provar a culpa, violando ostensivamente a referida presunção legal”<sup>56</sup>

Para estes autores, independentemente da distinção que façamos entre obrigação de meios ou obrigação de resultado, será sempre aplicável a presunção legal de culpa.<sup>57</sup>

Acompanhamos estes autores. Independentemente de se considerar o ato médico como obrigação de meios ou obrigações de resultado, em nossa opinião, ambas são aptas a acionar a presunção legal de culpa do artigo 799º. Daqui se extrai que deve caber ao lesado/paciente a prova apenas da ilicitude – traduzida na prova da violação do dever

---

<sup>53</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA “*Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” Coimbra Editora, 2015.

<sup>54</sup>No acórdão da TRP, já mencionado, decidiu-se precisamente que o único pressuposto que caberia ao lesado provar era o da ilicitude, considerando que a culpa se presumia, considerando estar em causa uma obrigação de meios.

<sup>55</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág 118.

<sup>56</sup> Partilha também desta opinião PIRES DA ROSA, *op. cit.*, pág 51.

<sup>57</sup>No mesmo sentido RUTE TEIXEIRA PEDRO “*Da tutela do doente lesado – Breves reflexões*” em Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág 424-430. Para a autora deverá operar a presunção legal de culpa quer se esteja em face duma obrigação de meios quer se esteja em face duma obrigação de resultado, uma vez que “a complexidade probatória e a inerente margem irrefragável da incerteza gnosiológica na apreensão do verdadeiro decurso dos acontecimentos vividos converte-se assim num escudo protetor do profissional, quase inexpugnável para o doente”.

objetivo de cuidado, zelo e diligência conforme previsto pela *legis artis*. Por seu turno, deve recair sobre o devedor/ médico o ônus de provar a inexigibilidade desse comportamento, face ao caso concreto, afastando a presunção de culpa.

Não achamos motivos para considerar um afastamento da presunção legal de culpa nos casos de Responsabilidade Médica. Pelo contrário, se esta presunção não pudesse ser aplicada, tornaria mais onerosa a posição jurídica do paciente, e seria uma forma indireta de desculpabilizar ou desresponsabilizar condutas negligentes dos médicos em geral, que por terem como “ferramenta” de trabalho a vida humana, devem ser dotados de especiais e acrescidos deveres de cuidado e de responsabilidade. Aplicar a presunção legal de culpa também à Responsabilidade Médica teria assim, até uma função social de compelir a que cada vez mais os profissionais médicos sejam cada vez mais competentes e zelosos.

No caso concreto, o que falhou foi precisamente o emprego dos meios de diagnósticos adequados e/ou a interpretação correta dos mesmos, assim como a preterição dos deveres de informação.

Em suma, deve considerar-se que age com culpa (presumida) o médico que diagnostica erradamente doença ou outra patologia, pelo não emprego dos meios adequados de diagnóstico ou deficiente interpretação dos resultados obtidos, violando deveres de diligência.

## **Culpa Extracontratual**

Tivemos já oportunidade de analisar este pressuposto no âmbito da Responsabilidade Contratual, contudo há aspetos gerais de regime que se aplicam igualmente à Responsabilidade Extracontratual e sem nos querermos repetir, acrescentamos apenas algumas considerações.

Como é sabido, a culpa consubstancia -se no juízo de reprovação ao facto voluntário do agente, dado que, nas circunstâncias do caso concreto, poderia e deveria ter atuado de outro modo.



Este pressuposto deve ser apreciado em abstrato, segundo a diligência do homem médio, de acordo com o tradicional critério do bom pai de família – artigo 487º do CC.

Como estamos em face de uma atuação médica, a culpa a aferir deverá corresponder ao incumprimento do dever de zelo, diligência e competência normalmente exigíveis a um médico medianamente cuidadoso e profissional.

Significa, pois, que nesta matéria a culpa há- de corresponder à omissão do dever de cuidado que era exigível, segundo as regras técnicas e deontológicas no momento da realização do ato médico.

Cremos que este pressuposto de todos é o que levantará menores problemas, dado que, pela circunstância do caso concreto, vimos já que houve um facto ilícito culposo na atuação do profissional. Relembramos que a mulher grávida, nunca fora informada de que o filho que carregava no ventre, sofria de anomalias e isso configura um incumprimento (ilicitude) claro da boa prática médica.

A partir do momento que há um facto ilícito teremos que indagar se este deve ser culposo ( por dolo ou mera culpa). Devemos perguntar: perante as circunstâncias do caso o médico podia e devia ter atuado de outro modo? A resposta é sim. Pois, o facto ilícito que ele praticou (a não descoberta da patologia e respetiva comunicação à grávida, preterindo a sua livre decisão de prossecução ou não da gestação) poderia ter sido evitado se ele fosse diligente o bastante. Não tendo atuado com a diligência que lhe era devida em circunstâncias normais, não atuou de acordo com o critério do bom pai da família – artigo 487º do CC.

Estamos perante um caso de negligência ( ou mera culpa).

No que diz respeito à prova da culpa, a realidade é diferente da que se verifica na Responsabilidade Contratual, uma vez que, não operando nenhuma presunção de culpa, caberá ao lesado provar por seus meios, que o médico nas circunstâncias do caso concreto não agiu como deveria ter agido e, não foi diligente o bastante, conforme previsto no artigo 342º do CC.

Chamemos por fim a atenção para o facto, de que a culpa não deve referir-se à conduta do profissional para impedir a deficiência ou para atenuá-la .

Deve corresponder à omissão do dever de a descobrir e comunicar tempestivamente à mãe para que está pudesse decidir quanto à prossecução ou não da gestação.

## **O Dano**

### **Dano Contratual**

#### **Os danos atendíveis e a sua quantificação**

Para haver obrigação de indemnizar, é condição essencial que haja um dano, sendo este definido doutrinamente como a “lesão causada no interesse juridicamente tutelado”.<sup>58</sup>

Existem dois grandes tipos de dano: patrimonial e extrapatrimonial. Os primeiros repercutem-se na esfera económica do lesado e são avaliados tendo em conta a diferença entre a situação atual do lesado e a situação hipotética em que estaria se não ocorresse o facto lesivo. Os segundos, não são suscetíveis a avaliação pecuniária porque não integram o “património” do devedor. São danos imateriais, mormente de ordem psicológica / emocional, como o caso da depressão, do sofrimento, da angústia, etc.

Como estamos na presença de um contrato em que houve um cumprimento defeituoso por parte do médico teremos que avaliar, no que diz respeito à criança (e não em relação aos pais), que danos poderão ser considerados e como se fará o cálculo dos mesmos.

A primeira pergunta que devemos formular é: deverão ser atendidos todos e quaisquer danos? Quer sejam patrimoniais quer sejam extrapatrimoniais?

Por via de regra na responsabilidade contratual apenas serão indemnizáveis danos patrimoniais, ou seja, aqueles que, decorrentes do facto culposos sejam suscetíveis de avaliação pecuniária. ANTUNES VARELA<sup>59</sup> por exemplo, entende que não deverão ser ressarcidos danos não patrimoniais em responsabilidade contratual porquanto configurem bens imateriais.

---

<sup>58</sup> ANTUNES VARELA “*Das obrigações em geral*”, VOL. I, Almedina, 2000, pag. 598.

<sup>59</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pag. 605 e sgs.

No entanto, há certos contratos que segundo JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, quanto à sua natureza podem contemplar também danos de cariz não patrimonial.<sup>60</sup> O autor dá-nos precisamente o exemplo da Responsabilidade Médica para ilustrar este pensamento, uma vez que não poderão deixar de ser atendíveis as sequelas não patrimoniais evidentes de um erro de diagnóstico – como ocorre no caso concreto.

Concordamos com este pensamento. Embora no seio da Responsabilidade Obrigacional os danos atendíveis sejam maioritariamente danos patrimoniais, não vemos entraves para que, em certos casos, possam também ser atendidos danos não patrimoniais, caso sejam relevantes no tipo contratual e, nas circunstâncias do caso concreto.

No nosso caso, parece-nos evidente que, tratando-se de prestações de cariz médico, envolvendo na sua génese bens de suma importância ( vida, saúde) uma violação do contrato é apta a produzir danos não patrimoniais, talvez até mais graves que os patrimoniais.

No que toca à delimitação exata dos danos a atender, temos que perguntar o que deve ser considerado dano para este efeito ? Retomemos o raciocínio de que em causa não está o dano de viver, mas sim o dano de ter uma vida com limitações. É nestas limitações ( e como aprofundaremos no ponto seguinte) que devemos discernir acerca do que deve ser ressarcido.

Propomos assim que, na determinação dos danos a considerar e no cálculo dos mesmos, se aplique o disposto no artigo 564º e 566º do CC. Assim, na vertente patrimonial devem ser atendidas as despesas acrescidas que a criança/adulto terá dada a sua situação. Estas despesas deverão ser determinadas no âmbito da saúde (medicação, cirurgias, equipamentos de suporte ao seu estado, etc.), educação (a eventual frequência de um colégio de ensino especial, etc.) e profissional ( o impedimento perpétuo de não obter rendimentos de subsistência.)

---

<sup>60</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “*op. cit.*”, pág 238-239.

Quanto aos danos não patrimoniais serão compensados ao abrigo do artigo 496º do CC os danos que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito e que deverão ser apreciados equitativamente pelo tribunal.

## **Dano Extracontratual**

### **A natureza dos danos - o problema da “não identidade” e do *quantum* indemnizatório**

No ponto anterior tivemos já oportunidade de elaborar algumas ideias quanto ao dano e à forma como, genericamente, pode ser atendido. Complementamos agora com mais algumas considerações tomando por base as principais objeções feitas no âmbito deste pressuposto.

Um dos grandes obstáculos à cedência dos tribunais ao pedido indemnizatório oriundo das *wrongful life actions* é a admissibilidade da vida como dano e a quantificação deste.

Os danos que se invocam serão os sofridos pelo filho, ou seja, os que emergem diretamente do nascimento indevido: a vida da própria criança com deficiência que não existiria se o médico tivesse sido diligente.

A questão do dano da vida tem sido muitas vezes colocada de tal modo que, considerando-se a avaliação do dano a diferença entre a situação atual do lesado e a situação em que estaria não fosse a ocorrência do facto lesivo, chegaríamos a uma situação em que teríamos num frente a frente, de um lado uma vida, e do outro uma não vida, ou dito de outro modo, uma não existência. E uma resposta positiva ao pedido da criança iria no sentido de se considerar a segunda situação mais vantajosa do que a primeira. Ora, configurando-se o dano como uma utilidade juridicamente tutelada, difícil se torna concebermos uma situação de não existência como preferível a uma de existência, ainda que acompanhada de um enorme sofrimento.<sup>61</sup>

---

o <sup>61</sup> MENE ZES LEITÃO, “ *O dano da vida*” em Cadernos de Direito Privado , Nr.2 – especial, 2011, pág 11.

Um dos argumentos que firma a posição contra as *wrongful life actions* é precisamente a ideia de que aceitarmos uma indemnização nestes termos seria colocar em causa a dignidade da vida humana, como já vimos. Mas não é isto que estará em causa.

Como nos sugere PAULO MOTA PINTO<sup>62</sup> “ O confronto a engendrar não pode ser entre uma existência e uma não existência, mas antes entre a existência de uma criança naquelas condições lamentáveis e a existência uma criança dita “normal”. E as diferenças são nítidas. São todos os “plus” (ou quiçá dito de uma forma mais acertada, handicaps?) que a criança deficiente tem relativamente a esta criança “normal”, que consubstanciam o dano e que consequentemente merecem ser compensados.” Porque, na verdade e, como abordado anteriormente o que deve estar em causa é o direito a nascer saudável. É a aceitação que uma vida deficiente é uma vida diminuída, e a existir alguma forma de evitar que alguém viva nestas condições (impedindo o nascimento) porque tal não poderá ser aceite? A consequência direta, da violação do direito a nascer saudável e à qualidade de vida e saúde, será a produção do dano de existir enquanto ser humano deficiente. Relembramos que o dano não é a vida no seu todo, mas sim a vida deficiente.

Pensemos: será que se respeita mais a dignidade da pessoa humana quando se recusa a indemnização, ou pelo contrário, não será precisamente o respeito pela pessoa humana, exigir que se lhe reconheça esse direito de modo a que seja possível suportar a vida deficiente com o mínimo de condições e de dignidade?<sup>63</sup>

A verdade é que o dano não é a existência. É a existência sem qualidade. E é esse facto que deve ser indemnizado. Se não é possível, já, impedir que esta pessoa exista ( dado que o ideal seria o não nascimento, como uma espécie de *reconstituição natural*) pelo menos que lhe seja reconhecido o direito a ser ressarcido pelas condições limitadoras a que está sujeito.

O que se pretende obter no que diz respeito ao ressarcimento de danos causados é o reconhecimento de que *ab initio* seria preferível que o nascimento desta pessoa em condições tão vulneráveis fosse evitado. Como vimos isto não retiraria valor à vida humana nem contenderia com a sua dignidade. Antes reafirmava a certeza de que todos

---

<sup>62</sup> PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág 16 e sgs

<sup>63</sup> MENEZES LEITÃO, “ o dano da vida” *op. cit.*, pág 12.

temos o direito a ter uma vida normal, saudável e que isso não se compadece com a ideia de “viver a qualquer custo”, que é o que parece estar em causa quando se recusa tutela a um não nascimento fundado neste motivo de “ser deficiente”.

Têm sido, porém, no seio da doutrina e da jurisprudência encontradas dificuldades concretas no que toca ao preenchimento deste pressuposto.

Um grande obstáculo que tem sido colocado a estas pretensões prende-se com o *quantum* indemnizatório.

Segundo PIRES DA ROSA<sup>64</sup> “dir-se-á, desde logo, que há a dificuldade de encontrar o contraponto para o cálculo, para a fixação de uma indemnização a arbitrar, pois sempre se poderá dizer que a vida que se vive (mesmo sem qualidade) é necessariamente melhor que a vida que se não viveu. Então entre o não ter nascido e o ter nascido com deficiência, sempre será mais valioso o ter nascido, ainda que sem qualidade. Mas não é assim. O dano existe. Existe e o contraponto não pode ser a não existência mas sim a existência ...com qualidade!”

O que estes autores pretendem dizer, e que concordamos inteiramente, é que na apreciação do dano e do respetivo cálculo, não podemos comparar a existência com a não existência. Não podemos, pois, comparar uma vida ainda que com limitações, como uma não vida. O que temos a fazer é admitir que há pessoas saudáveis com uma vida perfeitamente normal, e outras, que não são saudáveis, por questões congénitas é certo, mas para a qual a atuação ilícita do profissional de saúde, contribuiu.

Assim a comparação deve ser feita entre uma vida saudável (que é o direito que se postula) e uma vida não saudável, pois é aí que reside o “encargo” de viver.

Mas este raciocínio leva-nos a um outro problema que emerge desta pretensão indemnizatória e que não escapa aos olhos de quem contra ela se pronuncia: o problema da “não identidade.”

---

<sup>64</sup> PIRES DA ROSA, *op. cit.*, pág. 49.

Parte da doutrina, como por exemplo CARNEIRO DA FRADA,<sup>65</sup> entende que “este tipo de ações serão sempre inadmissíveis, pois a criança não pode ter uma pretensão indenizatória contra aquele sem cujo comportamento errado não teria de todo chegado a nascer.”

Nas palavras de SARA GONCALVES SILVA<sup>66</sup> “ Se se entendesse que a criança deveria mostrar que estaria muito melhor se não tivesse nascido, estas ações deveriam ser consideradas ilógicas, porque se o dano que se invoca só poderia ter sido evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo, então trazer esse indivíduo à existência com deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra, porque não existir é sempre o pior dos cenários e não podemos, assim, apurar aquela diferença negativa em que consiste o dano (...) Desta forma o dano de viver é absolutamente insuscetível de comprovação”.

Para obstar a este pensamento invocamos o defendido por PAULO MOTA PINTO<sup>67</sup> “ a existência da criança é um dado que não pode estar em causa, para efeitos de fixar a sua legitimidade. Se levarmos ao extremo o argumento da “não-identidade” estaremos a dizer que “não só a criança nasceu com uma grave deficiência, como, na medida em que não teria podido existir de outro modo, é-lhe vedado sequer comparar-se a uma pessoa «normal», para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico.”

O que se pretende dizer com isto, é que é verdade que a criança ou existia ou não existia, isto é, se o médico não tivesse agido em desconformidade ela não teria nascido, e invocar um pretendo direito a não nascer, seria contraditório, porque o contrário da atuação ilícita do médico que se traduziu na existência, seria a não existência. Mas este argumento da não identidade peca por defeito, pois como já demonstramos não está em causa o contraponto entre uma existência e uma não existência mas sim entre uma existência saudável e uma existência com deficiências.

Nesta esteira, há um autor que ensaiou um pensamento, em nossa opinião louvável, que resolve de uma maneira simples, mas concisa, este problema da “não

---

<sup>65</sup> CARNEIRO DA FRADA, “ A vida como dano?” in ROA, 2008.

<sup>66</sup> SARA GONÇALVES SILVA, *op. cit* pág 148.

<sup>67</sup> PAULO MOTA PINTO, *op. cit*, pág . 18.



existência”, assim como o problema do *quantum* indemnizatório e, que se apresenta em total comunhão com o que temos vindo a defender.

Falamos de ALLAN HANSON<sup>68</sup>. De acordo com a sua teoria devemos focar não no autor enquanto pessoa, mas apenas na deficiência que o afeta<sup>69</sup>. Defende que não é necessário recorrer diretamente à teoria da diferença, como comparação entre uma existência e uma não existência como meio de chegar ao montante da indemnização. No seu pensamento a criança não se coloca verdadeiramente na posição de que teria sido melhor não ter nascido mas sim, na posição de que teria sido melhor ter nascido sem a patologia. Deveria então comparar-se a atual situação do autor (com deficiências graves) não com a hipotética situação em que estaria se não tivesse nascido, mas sim com a situação em que está qualquer pessoa que não sofra daquelas deficiências.

Com este método, conclui, que não existe a necessidade de equacionar o dito “problema da não identidade”, porquanto há uma forma muito mais simples e direta de observar o que realmente tem que ser observado: uma vida saudável em detrimento de uma não saudável e não a vida em detrimento de uma não vida.

É impossível estabelecer uma comparação entre a vida deficiente e não vida, mas o dano não será o nascimento ou a deficiência individualmente considerados, mas sim o nascimento naquela condição.

No que diz respeito ao *quantum* indemnizatório e aplicando estas elucidações ao caso concreto, o dano considerado passará por um primeiro plano de ordem patrimonial. Aqui deverá o tribunal, atento no disposto do artigo 566º do CC, levar em consideração o impacto não da existência vs. existência com deficiência, mas sim o impacto de uma existência saudável vs. uma existência não saudável e determinar concretamente quais as desvantagens de uma face à outra. Sem nos querermos repetir, no que já foi dito a propósito do dano Contratual, recordamos, que poderão existir acrescidas despesas de saúde face a uma criança normal, além de que poderão ter que ser adquiridos equipamentos médicos de apoio à deficiência que, normalmente são de um valor avultado.

---

<sup>68</sup> ALLAN HANSON “ *wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar*” em *European Journal of Health Law*, Vol.12, 2005.

<sup>69</sup> ALLAN HANSON, *op, cit*, pág 18.

Além disso uma pessoa com deficiências graves muito dificilmente conseguirá ter meios de subsistência face a uma pessoa normal, então isso seria um grave prejuízo patrimonial.

No entanto, não deve ficar aqui o alcance da indemnização e devem também ser atendidos danos não patrimoniais, em respeito pelo artigo 496º nr.3 do CC. Aquela pessoa por ter sido impedida de não nascer, visto que teria o direito a nascer saudável, está condenada a uma vida de sobrecarga também a nível emocional – e isso cai na esfera da compensação não patrimonial do dano. Será indiscutível o sofrimento psíquico que estas pessoas enfrentam, e por isso por se tratar de um prejuízo que merece tutela do direito deve ser compensado.

No sentido do reconhecimento de danos patrimoniais e não patrimoniais, tomemos de exemplo o caso holandês de Março de 2005 *Baby Kelly*<sup>70</sup>, onde o tribunal veio a reconhecer este direito e a ressarcir a criança pelas despesas acrescidas e dores – a título patrimonial, mas também considerou como merecedor de tutela jurídica todo o sofrimento que o viver naquelas condições acarretaria – a título não patrimonial.

Em suma, devemos abandonar a ideia de que quando está em causa uma *wrongful life action*, o dano que o autor invoca é o dano de ter nascido e consequentemente atribui um desvalor à própria vida. O que deve configurar o dano é o facto de ter nascido deficiente uma vez que a “*reconstituição natural*” ( o impedimento do nascimento) não ocorreu. Trata-se, no fundo, de procurar ressarcir a criança que, se viu obrigada a existir, por todas as dificuldades acrescidas que terá ao longo da vida, dado que não poderá existir de outra forma.

---

<sup>70</sup>Ver SARA GONCALVES SILVVA, *op. cit.*, pag 129.

## **O nexo de causalidade**

### **O comportamento do médico como causa adequada ao nascimento deficiente – a causalidade indireta**

Resulta do artigo 563º que a obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

De acordo com a teoria da causalidade adequada nas palavras de GALVÃO TELES<sup>71</sup> “será causa de certo prejuízo a ação ou omissão que se mostrem face às circunstâncias do caso concreto, adequadas à produção do dano”.

Mas como é que se estabelece o nexo de causalidade, no caso concreto, entre a omissão cometida pelo médico e os danos na criança?

Relembramos que o dano considerado não é a deficiência em si – pois o médico não é responsável por esta, mas sim o dano de ter nascido deficiente em violação do direito a ter nascido saudável, visto que se o médico não tivesse agido ilicitamente, a mãe poderia ter evitado que o dano se consagrasse.

Uma das críticas que se faz em relação ao estabelecimento do nexo causal é, precisamente, o facto de que o médico não é o responsável pela origem da deficiência e, por isso não deverá ser responsabilizado por uma atuação que, ainda que lícita, não iria alterar a realidade daquela criança.

Esta crítica não é procedente.

Como destaca MENEZES LEITÃO “ A discussão não reside em saber se a deficiência poderia ter sido evitada, mas sim se o nascimento nessas circunstâncias poderia”<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> GALVÃO TELES, “*Direito das obrigações*”, 7ª edição, Coimbra Editora, 1997, pag.405.

<sup>72</sup> MENEZES LEITÃO, “*O dano...*” *op, cit*, 13.

O preceito supra citado acolhe não só a causalidade direta ou imediata ( aquela em que o ato lesivo provoca diretamente o dano) mas também a causalidade indireta ou mediata ( aquela em que embora o ato lesivo não provoque diretamente o dano é, determinante para o desencadear).<sup>73</sup>

No caso em apreço temos, claramente, uma causalidade indireta, na medida em que se o médico no exercício da sua atividade, agisse conforme as *legis artis*, nomeadamente com um cumprimento do dever de informação, teria permitido à mãe refletir acerca da prossecução ou interrupção da gestação.

Isto significa que ocorrendo uma falha do médico que leva a grávida a prosseguir com a gestação que, não fosse essa falha poderia ter posto termo, conclui-se que a conduta do médico é causa adequada indireta do dano do nascimento com deficiência. No caso do médico ter atuado lícitamente, deixaria totalmente nas mãos da progenitora a decisão de prosseguir ou interromper a gestação e com isso, deixaria de ter qualquer Responsabilidade, pois a existência ou não daquele ser já não dependeria de nenhuma ação ou omissão exigíveis de sua parte. A partir do momento que incorre em omissão nos deveres de descoberta e informação da patologia, garante ainda que indiretamente a possibilidade do nascimento ocorrer e isso é o bastante para se considerar a sua conduta como causa adequada à produção do dano ( nascimento deficiente).

Estabelece- se, assim, o nexo causal entre a conduta do médico, que embora não tenha causado a deficiência, possibilitou quando podia não ter possibilitado, o nascimento.

Dito de outro modo: o nexo de causalidade ha-de ser estabelecido entre o comportamento negligente do médico e o nascimento com deficiências, e não entre a atuação do médico negligente com as deficiências em si.

A este propósito cumpre invocar uma paradigmática decisão francesa: o Caso *ArretPerruche*.<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Vide PAULA NATÉRCIA ROCHA *op, cit*, pág. 18.

<sup>74</sup> Cour de Cassation, 20-05-1936, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

Este caso, é de suma importância, pois foi um dos primeiros casos no mundo em que foi reconhecido uma *wrongful life action*, mas sobretudo, porque de todos, foi o caso mais mediático e que mais controvérsia acerca do tema fez discorrer.

Nicolas Perruche nasceu com graves deficiências devido ao facto de sua mãe ter tido a doença de rubéola durante a gestação. Esta era uma doença que já se tinha manifestado várias vezes na sua família e, receosa que tal lhe pudesse acontecer, informou os médicos que caso viesse a contrair a doença e a mesma provocasse deficiências no feto, que optaria por interromper a gravidez. Os médicos não concluíram pela existência de qualquer patologia no feto associada à doença da mãe e isso fez com que Nicolas nascesse com graves deficiências.

Os seus pais intentaram ação em nome próprio (*wrongful birth action*) mas também em nome do filho (*wrongful life action*) que foi aceite em primeira instância. No entanto o tribunal de recurso veio revogar a decisão considerando não ser legítimo o pedido de “nascimento indevido” para a criança.

Tudo mudou quando a *Cour de Cassation*, em última instância, veio validar a decisão tomada em primeira instância e julgou procedente o pedido formulado em nome do filho. O principal argumento foi precisamente relacionado aonexo causal entre a conduta do médico e o nascimento.

Considerou o tribunal que as faltas cometida pelo médico tinham impedido Mme. Perruche de exercer o direito a interromper a gravidez e com isso evitar-se-ia o nascimento de Nicolas naquelas condições.

## **Concurso de Responsabilidades – Algumas Considerações**

### **Concurso de Responsabilidade médica Contratual e Responsabilidade médica Extracontratual**

Da análise dos capítulos precedentes, concluímos que se encontram preenchidos os pressupostos quer da Responsabilidade Contratual, quer da Responsabilidade Extracontratual, na medida em que na atuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e proteção a que está obrigado pode ser causa de Responsabilidade Contratual, mas também é causa de Responsabilidade Delitual, dada que a referida violação representa igualmente um facto ilícito extracontratual.<sup>75</sup>

Iremos seguidamente apresentar como é que a problemática do concurso de Responsabilidades tem sido genericamente tratado pela nossa doutrina e em especial, nos casos de Responsabilidade Médica.

Com efeito, cumpre perguntar como é que o lesado deve agir. Ou seja, se há-de escolher apenas as regras de uma das modalidades; se será obrigado a preterir uma em relação à outra; ou se poderá livremente acumular as duas “misturando-as” consoante o que lhe melhor lhe aprouver.

Esta questão é pertinente uma vez que há diferenças de regime que na prática pode significar para o lesado vantagens em optar por uma via ou outra. Vejamos alguns exemplos ( os mais relevantes).

Em primeiro lugar, já vimos que em matéria de culpa, na Responsabilidade Contratual existe uma presunção legal, o que ao inverter o ônus da prova, desonera o lesado de preencher este pressuposto.

---

<sup>75</sup> FERNANDO PINTO MONTEIRO, “ *Direito à não existência, Direito a não nascer* ” em Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. II, Coimbra Editora, 2006, pág. 135.

Em segundo lugar, no que concerne ao dano, vimos também que à partida a Responsabilidade Contratual, salvo em alguns casos, só atende a danos patrimoniais, ficando fora do seu alcance os de carácter não patrimonial -isto é uma desvantagem.

Em terceiro lugar, no que diz respeito aos prazos para propositura de ação, a Responsabilidade Extracontratual goza de um prazo de 3 anos – artigo 498º do CC. Já Responsabilidade Contratual está sujeita ao prazo ordinário de 20 anos – artigo 309 º do CC.

No que diz respeito ao modo como o lesado pode atuar nesta matéria, a doutrina tem concebido algumas possibilidades – já que esta é uma questão que não é diretamente resolvida pela lei.

Segundo ALMEIDA COSTA <sup>76</sup> existem dois grandes grupos: sistema do cumulo e o sistema de não cumulo. Dentro do primeiro há três opções possíveis: o lesado poderá socorrer-se numa só ação, das normas da Responsabilidade Contratual e da Extracontratual, escolhendo as regras de ambas que mais favoráveis sejam; o lesado poderá escolher livremente o regime que prefere mas só poderá servir-se das regras desse mesmo regime, ficando o outro afastado; ou poderá lançar mão de ações autónomas, uma socorrendo-se da Responsabilidade Contratual e outra da Extracontratual. Já o segundo grupo, também denominado de teoria da consunção, obriga o lesado apenas a servir-se da Responsabilidade Contratual por se entender que esta absorve toda a Responsabilidade Civil.

No caso particular da Responsabilidade Médica, tem sido discutido na doutrina a forma mais eficaz de o paciente fazer uso do Instituto da Responsabilidade Civil. Autores há que entendem que deve ser aplicável apenas o regime da Responsabilidade Contratual e outros autores consideram que deve o paciente poder escolher livremente as vias por que há-de optar.

---

ALMEIDA COSTA, “ *O concurso da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual*” em AbVnoOmnes – 75 anos da Coimbra Editora, 1998, pág. 555 e sgs.

Destacamos JOAO ÁLVARO DIAS<sup>77</sup> que defende a teoria do cumulo uma vez que “ o facto de, fundadamente, se considerar que a relação que une médico e doente é, por via de regra, uma relação contratual e que é ao abrigo das respetivas normas que as pretensões ressarcitórias do doente hão-de encontrar, em princípio, adequada tutela, não pode significar de modo nenhum que, a pretexto dum contrato de prestação de serviços sui generis, adquiram foros de impunidade comportamentos ou atuações médicas negligentes ou dolosos) que, na ausência dele, cairiam sob a alçada de responsabilidade delitual. Em tais circunstâncias, o contrato acabaria por funcionar como um instrumento de subversão e não de proteção dos direitos do doente”.

LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA<sup>78</sup> inclina-se também para esta solução por considerar que “ «facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam no caso concreto é a solução que melhor se coaduna com o princípio do favorecimento da vítima». Efetivamente, admitir que, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços médicos, fossem impunes condutas que - na ausência do contrato - integrariam responsabilidade aquiliana, constituiria o paradigma da não proteção do doente. Pelo contrato, as partes não pretendem renunciar à proteção geral que a lei lhes confere: o que pretendem é criar uma proteção acrescida”.

Ocorre decerto que a responsabilidade contratual das duas modalidades serão, à partida, a que melhor proteção confere ao lesado, porém em nossa opinião, será mais vantajosa a teoria da opção podendo o lesado escolher dentro de ambas as responsabilidades, as regras mais vantajosas para si.

Claro está que estas considerações apenas valem nas ações de Responsabilidade Médica no âmbito privado, isto é, quando o prestador de serviços é uma clínica ou hospital privado. Caso esteja em causa um hospital ou clínica públicos, os Tribunais Cíveis devem ser considerados incompetentes para decidir, devendo as ações ser interpostas em Tribunal Administrativo, cujo pedido será deduzido contra o Estado.

---

<sup>77</sup> JOÃO ALVARO DIAS, *op. cit.*, pag. 231.

<sup>78</sup> LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, “ônus da prova na Responsabilidade Civil Médica, questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ação” disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/formaingresso/fich.pdf/arquivodocumentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>



## Conclusão

Depois de feito todo este percurso de estudo e análise encontramos-nos em condições de formular algumas conclusões.

As ações de “vida indevida” – no contexto especificamente estudado, como seja no âmbito do exercício da Medicina por profissional médico – deverão ser consideradas procedentes, desde que devidamente verificados os pressupostos de Responsabilidade Civil, tendo sempre por base uma análise casuística da situação de cada criança e do comportamento médico passível de Responsabilidade.

As *wrongful life actions* são ações que se debruçam num pretense direito a não existir, sendo a vida vista como um dano, gerando no que concerne à sua viabilidade e pertinência vastas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

São maioritariamente rejeitadas pelos nossos Tribunais, mas também além fronteiras, com o principal argumento de que a vida é um bem indisponível e, será antijurídico alguém pretender dispor da sua própria vida o que se traduzirá numa ofensa à dignidade da vida humana.

Mas não é vida na sua globalidade que se avalia. Mas sim a vida limitada, sofredora e sem qualidade.

Devemos encarar o “dano da vida” de um novo quadrante.

O direito a não nascer deve ser analisado na perspetiva de direito a “nascer saudável” e o não nascimento não deve ser encarado como atentatório à dignidade humana, mas sim como um remédio a uma existência sem condições – reafirmando o respeito pela dignidade da pessoa humana que tantas vezes, pelos opositores, é invocada.

Da análise dos pressupostos da Responsabilidade Civil extraímos que todos se encontram preenchidos e que as *wrongful life actions* serão viáveis quer pela via Contratual, quer pela via Extracontratual.

Ficou claro que todas as objeções feitas em relação aos pressupostos ilicitude, dano e nexo causal, são refutáveis:

1º No que diz respeito ao pressuposto da ilicitude, no que diga respeito à Responsabilidade Contratual, há notoriamente um cumprimento defeituoso do contrato que se estenderá à criança através da *teoria do contrato com eficácia de proteção para terceiros*. No que concerne à vertente extracontratual da Responsabilidade Civil há a violação de um direito subjetivo (direito a nascer saudável e à qualidade da vida).

2º Em ambas as vias de Responsabilidade Civil há danos passíveis de serem indemnizados. Como danos patrimoniais deverão ser atendidos todas as despesas acrescidas de saúde e educação, entre outras que subjaz do nascimento que deveria ter sido evitado e não foi. Os danos derivam não da deficiência mas do nascimento que não foi evitado, não havendo dificuldades em determinar o montante da indemnização uma vez que a comparação deve ser feita entre uma vida saudável e uma vida deficiente no que concerne a prejuízos reais.

3º Existe claramente um nexo causal entre a conduta do médico e os danos na criança. Porque ao contrário da interpretação que tem sido feita pelos nossos juristas, os olhos devem ser postos na obrigação de evitar o nascimento e não no contributo para a origem da deficiência. O comportamento do médico não originou a deficiência e com isso os danos associados, mas contribuiu para que esta se conformasse – através do nascimento que, por culpa sua não pôde ter sido evitado. Não fica afastado o nexo causal só porque é incerto se a gravidez seria interrompida caso a mãe tivesse sido informada da anomalia, porque cumprindo o médico o dever de descoberta e informação da patologia, abria caminho para a livre decisão da mãe, e colocando nas mãos desta a decisão, afastaria quanto a si qualquer responsabilidade.

4º Estando em causa o preenchimento dos pressupostos de ambas as vias de Responsabilidade, deve ser aplicado ao caso as regras do Concurso de Responsabilidades. O lesado terá oportunidade, se assim entender, de socorrer-se das regras que melhor lhe aprouver de ambas as modalidades ( teoria da opção).

Posto isto, não encontramos motivos de ordem jurídica para a não tutela no nosso ordenamento destas ações de “vida indevida” uma vez que o Instituto que nos propusemos estudar é perfeitamente aplicável nesta matéria.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA, “ *Os contratos civis de prestação de serviço Médico*” em Revista da Saúde e da Bioética, 1997, 75-120.

COSTA, JOSÉ DE FARIA, “ *O fim da vida e o direito penal* ”em LiberDiscipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003;

COSTA, MARIO JÚLIO DE ALMEIDA “ *Direito das Obrigações*”, 12º edição Almedina, 2013;

FERREIRA, ANA ELISABETE “*Obrigações de meios e obrigações de resultado na Responsabilidade Médica. Estudo de caso e atualização da jurisprudência portuguesa*”emActualidad Jurídica Iberoamericana, Nr. 3, 2015. 479-490

FRADA, MANUEL CARNEIRO, “*A vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite*” in ROA, 2008;

GONZÁLEZ , JOSÉ ALBERTO “ *Wrongful bith, wrongful life - o conceito de dano em Responsabilidade Civil*” QuidIuris, 2014;

HANSON, ALLAN “ *wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar*” em European Journal of Health Law, Vol.12, 2005.

LEITÃO, MANUEL TELEZ MENEZES, “ *O dano da vida*” in cadernos Direito Privado, NR.2 – Especial , 2012;

- “*A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*” ,Almedina, 2005

MONTEIRO,ANTÓNIO PINTO “ *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 2001*” in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 134, 2001;

MONTEIRO, FERNANDO PINTO “ *Direito à não existência e direito a não nascer* “ em comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977” – Vol. II, Coimbra Editora, 2006;

NUNES, LUCÍLIA “ *Responsabilidade do profissional de saúde- esfera da ação enquadramento e contexto*” in: curso complementar de Direito da Saúde, Edição centro de estudos judiciais , Lisboa, 2013

OLIVEIRA, GUILHERME “ *Temas de Direito da Medicina*” Coimbra editora, 2005;

PERRY RONEN “ *its a wonderful life*”, IN Cornell Law Review, vol 93 , 2008,

PINTO, CARLOS MOTA “*cessão da Posição Contratual*” Almedina, 2003

PINTO, LUÍS GUIMARÃES “ *Ações de wrongful birth e wrongful life, uma controvérsia sobre a Responsabilidade Médica*”, revista de Direito Lusitana, 2015;

PINTO, PAULO MOTA “ *Indemnização em caso de Nascimento indevido e de vida indevida*” in *LexMedicinae*, ano 4, Nr. 7, 2007;

JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “*Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*”, Coimbra Editora, 2011,

RAPOSO, VERA LÚCIA “ *As wrong actions no início da vida ( wrongful conception, wrongful birth, wrongful life) e a Responsabilidade Médica* “ in Revista portuguesa de dano corporal, 2010; 61-99.

ROCHA, PAULA NATÉRCIA ,”*Desafios ético jurídicos nas communitatedesigandas wrongful life actions ou de “vida indevida”*em Revista Julgar, 2018; 1-20

ROSA, JOÃO PIRES, “*Não existência, um direito!*” em Revista Julgar, nº 21, Coimbra Editora, 2013; 48-50.

SILVA, GONCALVES SARA, “*Vida indevida e direito à não existência*” em Revista Lusitana, 2015, 123-155

SIMÕES, FERNANDO DIAS “*Vida indevida?*” *As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana*” in Revista de estudos politécnicos Vol. III, Nr. 13, 2010; 187-203.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA,” *Sobre o ônus da prova nas ações de Responsabilidade civil médica*” em Direito da saúde e da bioética, AAFDL, 1996,

TELES, INOCÊNCIO GALVÃO, “*Direito das Obrigações*” 7ª edição, Coimbra Editora, 2010;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES “*Das obrigações em geral*” – Vol. I, Almedina, 2000;

VICENTE, MARTA NUNES “*Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Peruche*” in LexMedicinae, ano 6, Nr.11, 2009.